

EL EMBAUCAMIENTO DE MENORES CON FINES SEXUALES POR MEDIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

**Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter
del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal**

Virgilio Rodríguez Vázquez

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Vigo

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-06, p. 06:1-06:25. Disponible en internet:
<http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-06.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 16-06 (2014), 14 ago]

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar el art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP. En la primera parte se exponen las normas internacionales que han influido en la regulación de esta materia. En la segunda parte se

identifica el bien jurídico protegido en el vigente art. 183 bis CP y se explica su naturaleza jurídica. En la tercera parte el autor analiza en detalle el art. 183 ter del Proyecto CP. La conclusión final es que la redacción del art. 183 ter presenta graves deficiencias técnicas; además de ser innecesario se prevé ineficaz, por lo que sería conveniente que decayesen del texto resultante de la tramitación parlamentaria del Proyecto. En esta misma línea se propone *de lege ferenda* la derogación del actual art. 183 bis CP.

PALABRAS CLAVE: Sexualidad, menores, internet, pornografía, penal.

Fecha de publicación: 14 agosto 2014

SUMARIO: I. Introducción. Análisis de la normativa internacional y su influencia en la redacción del art. 183 bis del Código Penal y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. II. El bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del art. 183 bis del Código Penal. 1. El bien jurídico protegido en el art. 183 bis del Código Penal: de la indemnidad sexual a la integridad moral del menor, pasando por la seguridad de la infancia en el uso de las tecnologías de la información y comunicación. 2. La naturaleza jurídica del art. 183 bis del Código Penal: entre el acto preparatorio, la tentativa y el delito autónomo. III. Aproximación crítica al art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. IV. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción. Análisis de la normativa internacional y su influencia en la redacción del art. 183 bis del Código Penal y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal¹

El delito de *child grooming*² es introducido *ex novo* en el Derecho positivo español a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal. Según señala el propio legislador en la Exposición de Motivos³, el objetivo de la incorporación del art. 183 bis CP, incluido en el también novedoso Capítulo II bis (“De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”) dentro del Título VIII del Libro II CP⁴, es doble. Por una parte, se pretende dar adecuada protección al bien jurídico “indemnidad sexual” cuando su titular es un menor de trece años, al considerar que las conductas que atentan contra aquél presentan en estos casos un mayor desvalor. Por otra parte, se busca luchar contra el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, especialmente internet, para ganarse la confianza del menor con el fin de concertar encuentros para obtener

¹ El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación “Repensando el Derecho penal: complejidad social y seguridad como retos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz” (Referencia: DER2010-16558, Ministerio de Ciencia e Innovación) y “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos” (Referencia: DER2013-47511-R, Ministerio de Ciencia e Innovación) de los que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte. Quiero expresar también mi agradecimiento a la Prof.^a Dra. Marta García Mosquera por sus comentarios durante la elaboración de este trabajo y a los evaluadores de la REPCP.

² La discusión doctrinal sobre la denominación de esta conducta ha sido muy prolija. Así, entre otros autores, se puede encontrar este debate en GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 216; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, Diario La Ley, n.º 7746, 2011, pp. 1-17, 1, 8 s.; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, La Ley Penal, n.º 80, 2011, pp. 1-18, 1, que prefiere la expresión “acoso por medio de las tecnologías de la información”; DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318, 290, quien se inclina por la expresión “contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”; GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 1. En la jurisprudencia se pueden llegar a encontrar otras denominaciones como “corrupción de menores de trece años a través de tecnologías de la información y la comunicación” [SAP Barcelona 19-7-2013 (A 331671), Pte.: Eduardo Navarro Blasco] o “delito de abuso sexual a través de Internet” [SAP Cádiz 14-5-2012 (A 389670), Pte.: M.ª Inmaculada Montesinos Pidal].

³ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, apartado VIII.

⁴ Sobre la evolución de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP español, véase, entre muchos otros, DE VICENTE REMESAL, Javier/GARCÍA MOSQUERA, Marta, “Abusos sexuales”, “acoso sexual”, “agresiones sexuales”, “delitos contra la libertad sexual”, “exhibicionismo y provocación sexual”, “prostitución: favorecimiento y explotación”, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp. 23-27, 30-33, 45-48, 416-419, 694-696, 1044-1049; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la libertad sexual ¿Libertad sexual o moral sexual?”, en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), Política Criminal y reforma penal, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 335-379; DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (1)”, La Ley Penal, n.º 63, 2009, p. 2; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, La Ley Penal, n.º 80, 2011, pp. 1-18.

concesiones de índole sexual⁵. El legislador advierte, además, que dichas novedades responden a la necesidad de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Sin embargo, una lectura detenida de esta Decisión pone de manifiesto que sus exigencias no se compadecen con el Capítulo II bis, y menos aún con el contenido que el legislador español le ha dado al art. 183 bis CP. La Decisión Marco 2004/68/JAI pretende contribuir a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, estableciendo unos elementos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros. Así, exige que se adopten las medidas necesarias para castigar determinadas conductas relativas a la prostitución y pornografía infantil, pero no contempla una infracción como el *child grooming*, en la que se castiga la utilización de las nuevas tecnologías para contactar con el menor con la finalidad de realizar actividades sexuales. El art. 2 c) de la Decisión Marco⁶ contiene alguna referencia a conductas entre las que podría tener cabida la anteriormente señalada, pero considero que no constituye en absoluto el objeto principal de intervención de esta norma.

Lo que parece ocurrir es que aunque el legislador apela formalmente a la Decisión Marco 2004/68/JAI para justificar la introducción del art. 183 bis CP, materialmente este artículo contiene casi de forma literal lo establecido en el art. 23 del Convenio n.º 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y ratificado por España el 22 de julio de 2010 (en adelante, Convenio de Lanzarote)⁸.

⁵ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318, 302 ss., concluye que “existen datos que corroboran casos en los cuales ha habido propuestas sexuales realizadas por adultos respecto a menores a través de internet”, si bien señala que “los casos más relevantes de proposiciones sexuales de desconocidos a través de internet se enmarcan dentro del segmento de menores mayores de trece años”, por tanto, “la realidad criminológica aconseja que el artículo no responde satisfactoriamente, al proponer un adelantamiento de la protección sólo respecto de los menores de trece años”.

⁶ El art. 2 c) de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, dispone: “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes: (...) c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza, ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño”.

⁸ Art. 23 del Convenio de Lanzarote: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”. Conforme al art. 18.2 del Convenio de Lanzarote la edad quedará fijada por cada estado, teniendo en cuenta que a los efectos de este Convenio, conforme a su art. 3, “por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años”. Por su parte, el art. 18.1 a) se refiere a los abusos sexuales, mientras que el art. 20. 1 a) se refiere a la pornografía infantil. En el mismo sentido,

Se podría decir que el legislador penal español se adelanta al mandato dirigido a los Estados firmantes del Convenio de Lanzarote en materia de protección de los menores frente a ataques sexuales empleando las nuevas tecnologías de la información y comunicación, por cuanto incluye un artículo de esta índole en el CP antes incluso de que el citado Convenio de Lanzarote entre en vigor en España. Recordemos que la reforma legal que introduce el art. 183 bis en el CP es de 22 de junio de 2010, mientras que el Convenio de Lanzarote es publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010, fecha en la que conforme al art. 96.1 CE pasa a formar parte del ordenamiento interno.

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre (en adelante, Proyecto CP)⁹, prevé, entre otras cuestiones, la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil¹⁰, que en relación con el conocido como *child grooming* se expresa con mucha mayor claridad que la Decisión Marco 2004/68/JAI, a la que sustituye. Concretamente, la Directiva 2011/93/UE establece la obligación de los estados miembros de tipificar como delito “el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de *chat* en línea”¹¹, para proponer en el art. 6 la redacción de la norma penal aplicable a esta conducta y que, como veremos, coincide con la redacción del todavía vigente art. 183 bis CP¹³. El Proyecto CP traslada el contenido de este artículo al art. 183 ter, modificando parcialmente su redacción actual e incorporando, además, una nueva conducta, la relativa al embaucamiento del menor a través de medios tecnológicos con el fin de que facilite material o muestre imágenes pornográficas que cuenten con su participación, respondiendo a lo exigido por la Directiva 2011/93/UE¹⁴. Así

VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66, pp. 13-24, 15.

⁹ Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013.

¹⁰ Dos normas internacionales que constituyen auténticos referentes en esta materia, tal y como expresamente se reconoce en el considerando n.º 5 de la Directiva 2011/93/UE son, por un lado, el ya citado aquí Convenio de Lanzarote y, por otro, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General de la ONU en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Asamblea General-Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000), y ratificado por España por Instrumento de 5 de diciembre de 2001.

¹¹ Considerando n.º 12 de la Directiva 2011/93/UE. Véase también los considerandos n.º 19 y 20, así como el art. 1 de la Directiva 2011/93/UE.

¹³ El art. 6.1 de la Directiva 2011/93/UE dispone: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

¹⁴ Art. 6.2 Directiva 2011/93/UE: “2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y

pues, el art. 183 ter del Proyecto CP dispone: “1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Pues bien, el objetivo de este trabajo es analizar el art. 183 ter que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico español a través del Proyecto CP y, en especial, el apartado 2. del citado artículo que constituye una de las principales novedades respecto al vigente CP. Para ello estudiaré, en primer lugar, el actual art. 183 bis CP, cuyo contenido se vuelca en el apartado primero del futuro art. 183 ter, con algunos cambios, para, en segundo lugar, referirme al apartado segundo de este último artículo.

II. El bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del art. 183 bis del Código Penal

1. El bien jurídico protegido en el art. 183 bis del Código Penal: de la indemnidad sexual a la integridad moral del menor, pasando por la seguridad de la infancia en el uso de las tecnologías de la información y comunicación

Una de las cuestiones más controvertidas en torno al art. 183 bis CP y que, sin duda, condiciona su interpretación y justificación, es la referida al bien jurídico protegido. Las diferentes opiniones doctrinales vertidas sobre este elemento se pueden agrupar en tres líneas claramente diferenciadas. En primer lugar, no encontramos con un sector doctrinal que considera que se trata de un delito pluriofensivo ya que se ven afectados dos bienes jurídicos. Como bien jurídico individual e inmediatamente protegido, la indemnidad sexual del concreto menor sobre el que el sujeto activo realiza la conducta descrita en el tipo, y como bien jurídico colectivo

la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

y mediatamente protegido, la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC¹⁵. En segundo lugar, se pueden mencionar aquellos autores que consideran que nos encontramos ante un delito que afecta a un único bien jurídico pero que no se identifica con la indemnidad sexual. Así, para CUGAT MAURI parece que el bien jurídico protegido por este delito no pertenece al ámbito de la sexualidad, sino que se identificaría con el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor, que resultaría lesionado en el momento en que el sujeto activo completa la conducta descrita por este tipo penal¹⁷. En tercer lugar, se pueden agrupar los autores que entienden que el único bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor que a través de la conducta descrita en el art. 183 bis CP, se pone, todo lo más, en peligro, pudiendo calificarse éste de abstracto, hipotético o concreto, según los casos¹⁸.

¹⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 242; GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 2. Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 395.

¹⁷ CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 102, Disposición Final Segunda)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 225-246, 233 s., señala “téngase en cuenta que los medios a los que se refiere el tipo (internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información) permiten establecer un contacto con el menor previo a la relación sexual directa con éste que puede favorecer una situación de subyugación moral al agresor de particular intensidad (...). Sólo ello reuniría ya gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales”. Dentro de esta propuesta, algún autor como DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, n.º 7575, 2011, pp. 1-7, 3, se mueve a caballo entre la consideración de este delito como uniofensivo y pluriofensivo, inclinándose finalmente por entender la “infancia” como el bien jurídico supraindividual que se pretende proteger frente a los ataques de los pederastas, concluyendo que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. En el mismo sentido, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66, pp. 13-24, 23.

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172, 171 s.; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731; BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal, Parte Especial*, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 351; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, *Diario La Ley*, n.º 7746, 2011, pp. 1-17, 6; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 406; PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, *Diario La Ley*, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 5; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 228. Llegando a esta conclusión pero criticando el concepto de “indemnidad sexual” que se utiliza, véase ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S./ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Carlos/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 255-278, 265.

Desde el primer punto de vista Acogiendo la primera postura relacionada con el bien jurídico, se niega la naturaleza de acto preparatorio, se defiende su carácter pluriofensivo, otorgándole autonomía y permitiendo una salida razonable a la previsión concursal contenida en el propio art. 183 bis CP, que contempla el concurso, parece que real¹⁹, entre este tipo y aquellos otros contra la indemnidad sexual que, en grado de tentativa o consumados, pudiera llegar a cometer el autor²⁰. Desde la segunda postura señalada, el delito pasa a ser entendido como autónomo, pues el bien jurídico afectado sería perfectamente diferenciable de aquel otro que pudiera llegar a lesionarse si finalmente se materializase el ánimo específico del injusto del art. 183 bis CP²¹. Así, a través de una vía diferente, también se busca una solución propicia a la cláusula concursal introducida por el legislador en el art. 183 bis CP. Para DOLZ LAGO estaríamos ante un concurso real de delitos, pues la conducta del art. 183 bis CP pone en peligro el bien jurídico supraindividual “infancia”, mientras que la agresión, el abuso sexual o la captación de la víctima con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, lesiona sólo la indemnidad sexual del concreto menor afectado, de modo que el desvalor de este segundo hecho no abarca el desvalor del primero²². A la misma solución debería llevar el planteamiento de CUGAT MAURI, pues según hemos visto, siendo individual el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el art. 183 bis CP, al identificarse con la dignidad o integridad moral del menor, es perfectamente diferenciable del bien jurídico protegido por los delitos tipificados en los arts. 178 a 183 y 189 CP. Sin pronunciarse sobre el bien jurídico protegido y la naturaleza de este tipo penal, la escasísima jurisprudencia existente sobre esta materia considera la posibilidad de apreciar un concurso real entre el art. 183 bis CP y el art. 183 CP, cuando el sujeto activo llega a materializar los actos de abuso o agresión sexual²³. Desde la tercera de las posiciones doctrinales referidas, la identi-

¹⁹ Ver *infra*.

²⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 242; a pesar de entender que se trata de un delito pluriofensivo, GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 2, considera que este delito es un “acto preparatorio tipificado *ad hoc*” y califica la cláusula concursal de una mala técnica legislativa.

²¹ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario La Ley, n.º 7575, 2011, pp. 1-7, 3.

²² DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario La Ley, n.º 7575, 2011, pp. 1-7, 3 s.

²³ Véase SAP Barcelona 19-7-2013 (Pte. Eduardo Navarro Blasco) (A 331671), SAP Cádiz 14-5-2012 (Pte. M.ª Inmaculada Montesinos Pidal) (A 389670). En la SAP Ourense 4-10-2013 (Pte. Manuel Cid Manzano) (Tol 3972492) se condena al acusado, de diecisiete años de edad, por un delito del art. 183 bis CP, sin llegar a apreciar relación concursal alguna pues no se producen otros tipos penales. No obstante, esta resolución judicial es, en mi opinión, criticable pues en la conducta del acusado no se dan todos los elementos de la parte objetiva del tipo del art. 183 bis CP, como se revela en la propia motivación del fallo: “El propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando

ficación sin ambages de la indemnidad sexual, en cualquiera de sus formulaciones, como único bien jurídico protegido, da lugar a que el art. 183 bis CP se considere un acto preparatorio de los tipos penales referentes del ánimo subjetivo²⁴. En esta línea interpretativa la especial regla concursal contenida en este artículo no puede ser calificada más que de mala técnica legislativa, pues en caso de que el autor haya intentado o consumado alguno de los delitos referidos en el art. 183 bis CP, sólo éstos resultarán de aplicación y no el art. 183 bis CP²⁵.

Siendo loables los intentos por identificar en el art. 183 bis CP bienes jurídicos distintos al de la indemnidad sexual, buscando así una justificación al tipo y a la

de descartar la punición de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas. La Sala aprecia, por tanto, que el menor recurrente (próximo a la sazón a la obtención de mayoría de edad) conjugó con su conducta el verbo núcleo del tipo penal examinado, realizando actos evidentes de proposición sexual con innegable intención de concretar encuentro de tal naturaleza con la víctima, menor de trece años”.

²⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172, 172; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731; BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 358; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, Diario La Ley, n.º 7746, 2011, pp. 1-17, 8; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 406; DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318, 291; MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 2, 2012, pp. 1-6, 4; PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, Diario La Ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 6; ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S./ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Carlos/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal, Parte especial, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 255-278, 269; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 228, quien se refiere al art. 183 bis CP como “una especie de acto preparatorio”.

²⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172, 172; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731 s.; BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 358; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 406 s.; MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 2, 2012, pp. 1-6, 5; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230.

cláusula concursal en él contenida, considero que no alcanzan a proporcionar una solución convincente. En primer lugar, atendiendo a una interpretación sistemática, ha de decirse que la ubicación del tipo es inequívoca, pues se sitúa en el Capítulo II Bis, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, que a su vez se integra en el Título VIII, bajo la rúbrica de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” del CP. Desde una interpretación teleológica, se puede acudir a la propia exposición de motivos de la LO 5/2010. Se señala aquí la necesidad de proteger el normal desarrollo de la sexualidad del menor para que en el futuro, en el momento en el que alcance la capacidad de decidir, pueda hacerlo libremente. La atención se centra en las TIC en cuanto instrumento especialmente peligroso para afectar al objeto de protección referido pero en ningún caso se identifica la comunicación o la seguridad de las comunicaciones con intervención de menores como el fin mismo de protección. Se trata de crear instrumentos, en este caso penales, para que la indemnidad sexual de los menores no se vea afectada a través de uno de los flancos más débiles como es el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación. Acudiendo a una interpretación gramatical del art. 183 bis CP, es complicado defender que se trate de una conducta que atenta contra un bien jurídico supraindividual como la “infancia” o la “seguridad de las comunicaciones de la infancia”. Para realizar este tipo penal se exige que el sujeto activo interactúe con un menor de trece años concreto y basta con que se interactúe con ese menor en particular, sin que sea necesario que otro u otros menores se hayan visto involucrados. Esta relación “uno a uno” la exige el tipo penal, como tipo mixto acumulativo que es, en varias acciones diferenciadas y que van cerrando las puertas a una hipotética afectación de un bien jurídico supraindividual. Porque el tipo no se agota con el uso de las TIC orientado a la comisión de delitos sexuales sobre menores de trece años, ni siquiera se satisface con el contacto con un menor con tales fines, sino que exige que se establezca el contacto a través de las TIC con un concreto menor, que se proponga un encuentro con él, pero todavía más, que se acompañe de actos materiales destinados al acercamiento al citado menor. Por lo tanto, sólo cabe concluir que nos encontramos con un delito uniofensivo en el que el único bien jurídico que se pretende proteger es la indemnidad sexual de los menores de trece años.

2. La naturaleza jurídica del art. 183 bis del Código Penal: entre el acto preparatorio, la tentativa y el delito autónomo

La siguiente cuestión es en qué medida este bien jurídico se ve afectado por la conducta descrita en el art. 183 bis CP. La doctrina, entendiéndolo como un acto preparatorio, ha optado por considerarlo un delito de peligro y calificarlo como un delito mutilado de dos actos²⁶. Creo, no obstante, que esta calificación no es del

²⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de

todo acertada, al menos, en relación con alguno de los delitos-fin que se contienen en el art. 183 bis CP. La inclusión de los art. 178 a 183 y 189 CP en bloque, sin matizaciones ni distinciones, como referentes del ánimo subjetivo del injusto, es, cuando menos, problemática. Así, en primer lugar, se ha señalado lo desafortunada que resulta la alusión a los arts. 178 a 181 CP, en los que se tipifican las conductas de agresiones y abusos sexuales pero sobre mayores de dieciocho años, y al art. 182 CP que tipifica esas mismas conductas con un menor de edad de entre trece y dieciséis años²⁷. La única forma de justificar la inclusión de estos artículos es pensar que el legislador pretende abarcar el *grooming* que se ejerce sobre una persona menor de trece años esperando, por ejemplo, a agredir sexualmente a la víctima una vez supere esa edad o, incluso, una vez alcance los dieciocho años de edad, circunstancias que, por cierto, deberían ser abarcadas por el dolo del autor, lo cual resulta realmente complicado²⁸. La inclusión del art. 183 CP parece tener sentido partiendo de la lógica de considerar este delito (art. 183 bis CP) como un acto preparatorio, por cuanto aquél se refiere a las agresiones y abusos sexuales sobre menores de trece años²⁹. Pero entonces se produce un grave problema de falta de proporcionalidad³⁰, pues el acto preparatorio tendría atribuida una pena mayor que la asignada

las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 249; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 402; PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, Diario La ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 6.

²⁷ BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 357; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731 califica la referencia a estos artículos de “superflua” en la medida en que la víctima debe ser menor de trece años. En sentido contrario, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 250, señala que “la referencia expresa a tipos penales de los que son sujetos pasivos personas que ya han cumplido los trece años, sugiere que la edad de la víctima, menor de trece años, sólo es realmente relevante en el momento en que se contacta con el menor con la finalidad apuntada. Una conclusión que refuerza el planteamiento de la identificación de la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC como uno de los bienes jurídicos protegidos”; MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 2, 2012, pp. 1-6, 4 s.

²⁸ Cfr. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario La Ley, n.º 7575, 2011, pp. 1-7, 3.

²⁹ BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 357.

³⁰ Además de la falta de proporcionalidad interna del propio art. 183 bis, pues como advierte DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318, 311, “no olvidemos que el art. 183 bis propone igual pena para el acto preparatorio de por ejemplo abuso sexual que para el acto preparatorio de una agresión sexual (pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses)”. Por su parte, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza

al responsable de una tentativa de abuso sexual sobre un menor de trece años (la pena asignada al responsable de una agresión sexual de un menor de trece años en grado de tentativa podría ser de dos años y seis meses a cinco años menos un día -si se rebajase en un grado-, o de un año y tres meses a dos años y seis meses menos un día -rebajándola en dos-). Esta falta de proporcionalidad se vería incrementada en caso de aplicar el subtipo agravado contemplado en el art. 183 bis CP. Podría pensarse en aplicar la regla concursal contenida en el art. 183 bis CP para solventar esta falta de proporcionalidad, resolviéndolo como un concurso real entre este delito y aquellos otros que el autor haya ejecutado en grado de tentativa, lo que daría lugar a atribuir una consecuencia jurídica más grave al autor de una tentativa del delito del art. 183 CP mediante la acumulación de penas. Sin embargo, esta solución además de seguir sosteniendo una incongruencia interna del sistema (porque lo cierto es que el marco penal abstracto que se contemplaría para el acto preparatorio de un delito del art. 183 bis CP seguiría siendo mayor que el marco penal abstracto contemplado para la tentativa de ese mismo delito) no puede ser defendida precisamente desde las tesis que consideran que el art. 183 bis CP es un acto preparatorio del art. 183 CP, pues lo coherente con esta postura es aplicar en los casos de tentativa (no digamos ya en los casos de consumación) del delito del art. 183 CP la regla del art. 8.3 CP, es decir, la subsidiariedad o consunción, ya que el delito cuya conducta se ubica en un momento posterior del *iter criminis*, deberá absorber el desvalor de aquella otra que se sitúa en un momento anterior. Pero esta solución nos llevaría a lo señalado anteriormente, es decir, a la posibilidad de que a la tentativa se le atribuya una pena inferior que al acto preparatorio del mismo hecho. Nos encontramos, pues, en un *cul de sac*. Por eso algunos autores tratan de defender que el art. 183 bis CP tipifica expresamente una tentativa del art. 183 CP, para a continuación aplicar el principio de alternatividad y evitar esta incongruencia³¹. Pero esta solución, al menos en relación con el art. 183 CP, es más que dudosa, pues considero que la conducta descrita en el art. 183 bis CP queda lejos de constituir una tentativa del art. 183 CP.

Si la referencia al art. 183 CP es aceptable, siempre y cuando se modificase la consecuencia penal atribuida, se apuntan, sin embargo, por la doctrina críticas al hecho de que el legislador no haya incluido como fin del ánimo subjetivo del autor conductas contempladas en otros artículos y que tendrían una mayor justificación, entre ellas las relativas a la prostitución de menores³².

telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 398 s., 406, considera que el principio de proporcionalidad también se infringe desde el momento que otros medios de posible afectación a la indemnidad sexual del menor más lesivos para este bien jurídico no reciben la misma respuesta penal que la utilización de medios tecnológicos para realizar el acercamiento al menor. Y, por otra parte, el uso de las vías telemáticas para cometer otros delitos no se tiene en consideración en ningún momento.

³¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 183 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732, 731.

³² BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexua-

Por último, pero no por ello menos importante, la referencia en bloque al art. 189 CP no está exenta de problemas. Es en relación con éste donde se agudizan los problemas de delimitación de conductas que estamos viendo y es precisamente sobre esta cuestión en donde voy a centrar mi análisis.

El primer problema se plantea por la remisión a la totalidad del art. 189 CP, en el que se describen diferentes conductas típicas³³. Algunos autores proponen una interpretación restrictiva en el sentido de que sólo pueda quedar abarcada por el ánimo subjetivo la conducta del art. 189.1 a) CP, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 del Convenio de Lanzarote³⁴. En cualquier caso, comparando las conductas descritas en el art. 183 bis CP y en el art. 189.1 a) y b) CP, se podrá comprobar que no es fácil delimitar dónde termina una y donde empiezan las otras, pudiendo, en ciertos casos, concluir que en realidad no hay diferencias entre ellas, es decir, que la conducta descrita en el art. 183 bis CP coincide con algunas de las conductas típicas contempladas en el art. 189.1 a) y b) CP, lo cual revela una incorrecta técnica legislativa que obligaría a eliminar de aquél la referencia a éste último o, al menos, a acotarla a alguno de los supuestos de este último. Mientras esto no sucede, para solventar el problema parece que habrá que acudir al art. 8 CP, posiblemente a su regla 4.^{a35}. Este problema se pone de manifiesto en relación con el apartado a) del art. 189.1 CP, en el que se tipifica la captación o utilización de

les a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360, 357; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 250; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 404.

³³ MUÑOZ CUESTA considera que sólo debería tenerse en cuenta la referencia cuando el ánimo sea “la utilización del menor para la pornografía infantil o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ya que las demás conductas del art.189 CP no encajan en lo que pueda hacer el sujeto del acercamiento al menor, como por ejemplo distribuir o poseer material pornográfico con menores”, *vid.* MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, AJA, 2012, n.º 2, 5. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Título VIII: Capítulo II bis, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/MORALES PRATS, Fermín (coord.), Derecho penal, Parte especial, 2011, 354; el mismo, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art.178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Reforma Penal de 2010, 2010, pp. 165-172, 172: “La remisión ‘in totum’ al art.189 CP plantea el problema de interpretar a cuáles de las múltiples conductas tipificadas en este precepto se refiere el tipo. La falta de precisión contrasta con lo previsto en el art. 23 del Consejo n.º 201 del Consejo de Europa, que limita estrictamente el alcance de la remisión a los supuestos de producción de pornografía infantil, dejando fuera de ella el resto de comportamientos delictivos relacionados con esta clase de pornografía, como la oferta, distribución y posesión”; PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, Diario La ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 10.

³⁴ Véase, TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Reforma Penal de 2010, pp. 165-172, 172; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258, 249 s.

³⁵ Véase, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, Práctica Penal: Cuaderno Jurídico, 2012, n.º 66, pp. 13-24, 23 s.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230.

menores para fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para la elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte. Respecto a la primera de las conductas alternativas, “captar a un menor de edad”, considero que en el sentido literal posible del término cabe entender “contactar y concertar un encuentro con un menor de edad”, es decir, identificarla con la conducta descrita en el art. 183 bis CP³⁶. De hecho, el diccionario de la RAE recoge entre las acepciones de “captar” precisamente “atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”. Desde este punto de vista, si la conducta del art. 183 bis CP es realizada con los fines establecidos en el art. 189 CP éste sería el único artículo aplicable, por ser la conducta cometida, independientemente del medio empleado para ello³⁷. Es cierto que con esta solución, que parte de una interpretación extensiva del tipo del art. 189.1 a), se estaría atribuyendo una pena al autor de la conducta descrita actualmente en el art. 183 bis CP superior a la contemplada hoy por hoy en este artículo. Frente a esto cabría señalar que quizá sería oportuno rebajar las penas contempladas en el art. 189.3 en relación con el art. 189.1 a) CP, pero que en cualquier caso la solución propuesta, además de posible, permite mantener la coherencia interna del sistema. Algunos autores se oponen a esta interpretación basándose en que la captación a la que se refiere el art. 189.1 a) CP requiere que sea efectiva, que se materialice, mientras que en el art. 183 bis CP basta con una propuesta de encuentro sin que tan siquiera se exija por el tipo que dicho encuentro se llegue a producir³⁸. Desde este punto de vista, entre ambos artículos mediaría una relación de progresión -siendo más grave, por estar más próxima a la lesión del bien jurídico, la conducta descrita en el art. 189 CP que la contemplada en el art. 183 bis CP- que se solucionaría, en caso de que ambos artículos resultasen de aplicación, por la vía de la consunción a favor del art. 189.1 a) CP³⁹. Desde esta postura parece considerarse el art. 183 bis CP, una vez más, como un acto preparatorio, en este caso, de la primera conducta a la que hace refe-

³⁶ Hasta la jurisprudencia parece admitir esta acepción, como se puede ver en la SAP Lleida 2-7-2013 (Pte. Lucía Jiménez Márquez) (A 338981), al señalar que “tal precepto [*scil.* 183 bis CP] tampoco resultaría de aplicación al presente supuesto en que, tal y como ya se ha expuesto, la edad de la víctima no puede situarse por debajo de los trece años a los efectos de tipificación de la conducta delictiva. Pero es que, además, en este caso la menor no fue captada por el acusado a través de medios tecnológicos de comunicación, sino que la relación entre ambos y los hechos enjuiciados derivan directamente y tienen su origen en la convivencia de la menor con el acusado”.

³⁷ En este sentido, VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, 2012, n.º 66, pp. 13-24, 23 s.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230.

³⁸ Véase, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 408.

³⁹ Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, 358; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 408; LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Derecho penal, Parte especial*, 6.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 161-190, 177.

rencia el art. 189.1 a) CP. Pues bien, si esto es así, nos encontramos con una cierta falta de proporcionalidad, aunque no insoportable (como en casos anteriores), entre la pena que le correspondería al acto preparatorio del art. 189.1 a) CP, tipificado en el art. 183 bis CP, y la pena que le correspondería a una tentativa de dicho art. 189.1 a) CP, pues incluso aunque se aplicase el art. 189.3 CP (que contempla un subtipo cualificado cuando el sujeto pasivo de las conductas descritas en el art. 189.1 CP sea un menor de trece años), nos moveríamos en un marco penal de entre dos años y seis meses de prisión a cinco años menos un día (si se rebajase en un solo grado), o de un año y tres meses a dos años y seis meses menos un día (si se rebajase en dos grados). Respecto a la segunda de las conductas alternativas contempladas en el art. 189.1 a) CP, “utilizar a un menor de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico”, hay que advertir que será la que habitualmente se dé en los supuestos en los que el sujeto activo logra establecer un contacto con el menor a través de Internet. Como digo, en la gran mayoría de los casos en los que el sujeto activo contacta con el menor a través de Internet antes de proponer un encuentro (lo cual no es ni mucho menos lo habitual) buscará que el menor se exhiba desnudo, semidesnudo en posturas provocativas o realizando actos de naturaleza sexual a través de la webcam. Será precisamente a partir de la obtención de dicho material cuando el autor puede proponer un encuentro amenazando al menor con divulgar ese material. Por lo tanto, lo más probable es que cuando se cometa la conducta del art. 183 bis CP ya se haya consumado el delito contemplado en el art. 189.1 a) CP. Es más, la intimidación como elemento de agravación del art. 183 bis párrafo segundo CP tendrá lugar, seguramente, mediante el empleo de ese material que el autor ha recabado durante el contacto con el menor. Por lo tanto, podemos concluir que si la acción descrita en el art. 183 bis CP se hace con el fin previsto en el art. 189.1 a) CP, se estaría consumando, directamente, éste último delito⁴⁰. En caso de defender que no existe tal coincidencia, nos encontraríamos con la falta de proporcionalidad señalada más arriba.

Estos mismos problemas se reproducen en relación con algunas de las conductas descritas en el art. 189.1 b) CP. Así, desde mi punto de vista, si el fin del contacto con el menor es “producir material pornográfico” en cuya elaboración se utilicen menores, considero que realmente lo que tiene lugar es un acto de tentativa de la conducta tipificada en el art. 189.1 b) CP siendo de aplicación las reglas generales, sin que sea necesaria la creación de un tipo específico al respecto. Pero si de lo que se trata es de “facilitar la producción”, el contacto no sólo constituye una tentativa sino que, en mi opinión, se puede hablar de un auténtico acto ejecutivo, pues el

⁴⁰ En este mismo sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 409.

adulto que embauca al menor con alguna finalidad de las señaladas está facilitando la producción de material pornográfico.

III. Aproximación crítica al art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal

El art. 183 ter 1. del Proyecto CP introduce algunas modificaciones respecto a la actual redacción del art. 183 bis CP y también respecto al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de octubre de 2012⁴¹. En primer lugar, eleva la edad de consentimiento sexual de trece a dieciséis años, por debajo de la cual estaría prohibido realizar actos de naturaleza sexual con dicho menor de edad. Ni tan siquiera el Anteproyecto de Ley referido preveía esta modificación⁴², sin embargo, esta novedad se intuía que terminaría por introducirse y no sólo por iniciativa del propio Gobierno⁴³, pues desde el grupo socialista en el Congreso de los Diputados ya se había planteado esta posibilidad⁴⁴. A modo de curiosidad hay que

⁴¹ Hay que señalar que el *iter* del texto de reforma del CP presentado por el Gobierno para su tramitación en Cortes ha sido realmente tortuoso. Esta reforma es presentada por el Ministro de Justicia por primera vez en el Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012. En el Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012 se aprueba el Anteproyecto de reforma de CP. Conviene indicar que en dicho Anteproyecto se fijaba el límite de edad de consentimiento de los menores en materia sexual en los trece años (véase *infra*). Este Anteproyecto es informado por el Consejo Fiscal y por el CGPJ el 8 y el 16 de enero de 2013 respectivamente. El 3 de abril de 2013, tras introducir una modificación en el límite de edad, que se fija en los quince años, el Anteproyecto de reforma CP es remitido al Consejo de Estado que emite su dictamen el 27 de junio de 2013. Finalmente, el Anteproyecto que se somete a la aprobación definitiva del Consejo de Ministros el día 20 de septiembre de 2013 para su remisión a la Cortes Generales, fija el límite de edad en los dieciséis años. Admitido a trámite en el Congreso como Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOCG, 4 de octubre de 2013).

⁴² En el apartado X de la Exposición de Motivos del Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de octubre de 2012 se seguía justificando la modificación de los tipos penales que establecían la edad del consentimiento sexual en 13 años. En la parte dispositiva se seguía manteniendo este límite de edad en el Capítulo II bis, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, dentro del Título VIII, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, y el art. 183 ter CP disponía: “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁴³ En la comparecencia a petición propia en la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, sesión n.º 10, celebrada el 29 de mayo de 2013, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad anunció la medida de elevar la edad del consentimiento sexual hasta los 16 años. Así se recoge, también, entre los objetivos del II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013.

⁴⁴ Proposición no de Ley 1162/000460, presentada por el Grupo parlamentario socialista, sobre la elevación de la edad legal del consentimiento sexual en España, publicada en el Boletín Oficial del Congreso de

decir que esta proposición del grupo socialista resulta bastante llamativa si tenemos en cuenta que en la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el CP, cuya iniciativa correspondió al Gobierno entonces integrado por el PSOE, se fijó la edad en trece años, en contra de una enmienda del PP que pretendía que se elevase ese límite temporal, en concreto hasta los dieciocho años⁴⁵. En segundo lugar, se introduce una importante modificación en relación con los delitos-fin que deben estar en el ánimo específico del autor para cometer el delito del art. 183 ter 1. Proyecto CP, limitándose a los delitos descritos en los arts. 183 y 189 Proyecto CP. Por lo tanto, desaparece la referencia a los arts. 178 a 182 CP que, tal como he expuesto anteriormente, viene siendo duramente criticada por la doctrina mayoritaria. Sólo será delito la conducta de embaucamiento que tenga como finalidad realizar una agresión, un abuso sexual o alguna de las conductas tipificadas en el art. 189 Proyecto CP sobre un menor de 16 años. Desde la lógica aplicada en la redacción de este Proyecto, resulta sorprendente que no se incluya entre dichos artículos el nuevo art. 183 bis (“el que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”) pues precisamente estas conductas son las que presumiblemente con más frecuencia formarán la intención de quien utilice las TIC para aproximarse al menor. Siguen sin incluirse entre los delitos-fin las conductas relativas a la prostitución infantil, contempladas en el art. 188 Proyecto CP. Por su parte, sigue manteniéndose la referencia al art. 189 Proyecto CP que coincide, en lo sustancial, con el art. 189 CP actual, lo cual suscita todos los problemas interpretativos ya analizados.

Otra de las grandes novedades es la introducción de un nuevo tipo penal en el apartado 2. del art. 183 ter, en el que se prevé el embaucamiento del menor a través de las nuevas tecnologías de la información con el fin de que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes en las que aparece dicho menor, castigado con una pena de prisión de 6 meses a 2 años.

Tanto el Consejo Fiscal como el CGPJ en sus informes⁴⁶, así como el Consejo de Estado a través del Dictamen al Anteproyecto⁴⁷, conciben este novedoso tipo como un acto preparatorio del delito de producción de pornografía infantil, de modo que

los Diputados de 12 de noviembre de 2012, en la que se decía que “en relación al citado límite de edad legal para tener relaciones sexuales con una niña o un niño e incluso el referido a la edad para el matrimonio adolescente, España –*como ha puesto comparativamente de relieve la prensa en nuestro país*– es el país de Europa con la edad mínima de consentimiento sexual más baja: 13 años. En el resto de los países europeos es más elevada (...)”. El subrayado es mío.

⁴⁵ Enmienda núm. 351 publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de marzo de 2010.

⁴⁶ El informe del Consejo Fiscal al texto remitido el día 18 de octubre de 2013, es de fecha de 8 de enero de 2013. Por su parte, el Informe del CGPJ es de fecha de 16 de enero de 2013.

⁴⁷ El Dictamen del Consejo de Estado al texto remitido el 3 de abril es de fecha de 27 de junio de 2013 (Ref. 358/2013).

si el sujeto activo llegase a obtener dicho material o imágenes, estaría en fase ejecutiva y, por tanto, sería de aplicación el art. 189 Proyecto CP, optando, parece, por la consunción⁴⁸. Estos informes critican el artículo por su excesiva carga subjetiva y acaban advirtiendo que sería preferible que se incluyese como un apartado del art. 189 Proyecto CP, además de señalar una posible contradicción entre este nuevo tipo penal y la cláusula contenida en el nuevo apartado 6. del art. 189 Proyecto CP.

Sin embargo, en mi opinión, este delito, además de distorsionador, resulta innecesario. Aparentemente, las conductas descritas en cada uno de los dos apartados del art. 183 ter presentan diferencias suficientes como para justificar su tipificación por separado. Así, por lo que se refiere a la parte objetiva del tipo, el art. 183 ter 1. Proyecto CP requiere que el sujeto activo ponga en marcha actos materiales destinados a lograr el contacto físico con el menor, mientras que para realizar la conducta del art. 183 ter 2. Proyecto CP basta con el mero contacto virtual. Por otra parte, en relación con el desvalor subjetivo de la acción, se puede decir que es cualitativamente mayor en la conducta descrita en el apartado primero que en el segundo pues el ánimo subjetivo del injusto debe ir dirigido a realizar conductas especialmente lesivas para el bien jurídico protegido, como son las recogidas en el art. 183 CP y no bastaría con obtener imágenes del menor, sin contacto físico. Sin embargo, estas diferencias no son tan relevantes, pues ni está claro que el acercamiento al que se refiere el apartado primero deba entenderse como aproximación física, pudiendo ser virtual, ni el ánimo específico del injusto de dicho artículo se limita a las conductas contempladas en el art. 183 Proyecto CP, pues como bien sabemos, también incluye la conducta del art. 189 Proyecto CP que, desde luego, supone una menor afectación del bien jurídico protegido. Por lo tanto, la diferencia de penas entre uno y otro apartado, desde este punto de vista, no parecería estar tan justificada. Pero además, si realmente este nuevo delito del art. 183 ter 2 presenta la naturaleza de un acto preparatorio del art. 189 Proyecto CP, como parece defender en su informe el CGPJ, entonces entraría en colisión directamente con el art. 183 ter 1. Proyecto CP que, precisamente, en su versión actual (art. 183 bis CP) ha sido calificado por la mayoría de la doctrina como un acto preparatorio de los delitos-fin que debe abarcar el ánimo subjetivo del injusto, entre ellos el art. 189 CP. Frente a esta interpretación se podría aducir que este nuevo delito no presenta naturaleza de un acto preparatorio del art. 189 Proyecto CP y constituye un delito autónomo, sin embargo, esta solución parece tener poco sustento.

En mi opinión, las conductas descritas en uno y otro apartado no se diferencian. En ambos casos se trata de una conducta de embaucamiento del menor a través de las nuevas tecnologías de la información, es decir, desde el punto de vista objetivo

⁴⁸ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 16 de enero de 2013, 175 s., 291 s.

prácticamente no presentan diferencias. Consisten en que el autor se gane la confianza del menor con el fin de obtener unos objetivos determinados. Pero tampoco en la parte subjetiva del tipo se plantean diferencias. Siendo ambos delitos dolosos, la distinción tendría que plantearse a partir del objeto de referencia del ánimo subjetivo del injusto. En el art. 183 ter 1. Proyecto CP, el embaucamiento se puede dirigir, entre otros objetivos, a realizar la conducta descrita en el art. 189 Proyecto CP. Entre las conductas típicas que abarca este delito, se incluyen las ya referidas de “captar” o “utilizar” a menores de edad con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. Pues bien, como hemos visto, el tipo puede abarcar la captación de imágenes del propio menor, la simple exhibición del menor a través de la *webcam*, lo que no es muy diferente a pretender el fin descrito en el art. 183 ter 2. con los siguientes términos “para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor”. Pero incluso en el caso de que se concluyese que la conducta del art. 183 ter 2. Proyecto CP es netamente diferente a la descrita en su primer apartado y que no presenta naturaleza de acto preparatorio del art. 189 Proyecto CP, considero que se podría llegar a afirmar que dicha conducta puede ser constitutiva, cuando menos, de una tentativa del art. 189.1 a) sino de una consumación de éste o del art. 189.2 b). De hecho, esta solución es la que adoptan los tribunales, ya antes incluso de la entrada en vigor del art. 183 bis CP, como podemos ver en la SAP de Granada 25-5-2009 (JUR\2010\14461). En este caso, según los hechos probados (resumen), el acusado, con altos conocimientos de informática, contactó a través de *Messenger*, desde su cuenta electrónica, con diversos menores de edad, con edades comprendidas entre los 10 y los 12 años, haciéndose pasar inicialmente por una niña de edad similar. A través de estas conversaciones, el sujeto se iba ganando la confianza de los menores y a medida que la relación de confianza aumentaba comenzaba a hacerle pedidos de contenido sexual, consistentes en que se desvistieran delante de la *webcam*, que adoptasen posturas provocativas o, incluso, que se masturbaran, ofreciéndoles a cambio regalos consistentes en recargas de teléfono móvil, créditos para participar en juegos de internet, entre otros. Pero no con todos los menores con los que contacta logra su objetivo. Así, en los hechos probados aparecen identificados cuatro grupos de casos claramente diferenciados. Un primer grupo constituido por aquellos menores, en concreto tres, que acceden a las peticiones del acusado y que o bien se desnudan o bien llegan incluso a masturbarse o simular que lo hacen. Un segundo grupo formado por dos menores con los que llega a contactar en varias ocasiones y llega a solicitarles, bajo la promesa de recibir distintos regalos, que se desnuden y que se toquen los genitales, no accediendo estos menores a sus deseos. Un tercer grupo integrado por un menor al que le pide en numerosas ocasiones que se muestre vestido ante la *webcam*, lo que el menor hace en algunas ocasiones, pero nunca le solicita ningún

comportamiento de naturaleza sexual, como en los casos anteriores. Un cuarto grupo, formado por menores con los que si bien logró contactar nunca llegó a prolongar dicho contacto ni a realizar ninguna solitud como las referidas anteriormente. Pues bien, por estos hechos (que no son los únicos que concurren en el caso pero que son los que nos interesan en el presente trabajo) el Tribunal termina por condenar al acusado a cinco delitos del art. 183.1 a) CP en relación con el 189.3 CP, al tratarse de menores de trece años, tres de los delitos en grado de consumación y dos en grado de tentativa, a una pena de prisión de cuatro años por cada uno de los delitos consumados y a dos años por cada delito en grado de tentativa (téngase en cuenta que los hechos sucedieron durante los años 2004 y 2005, por lo tanto resulta de aplicación el art. 189.1 a) y 3 a) CP en redacción previa a la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, conforme al cual el marco penal abstracto era de cuatro a ocho años de prisión). Para alcanzar este fallo, el Tribunal señala en los Fundamentos de Derecho de la sentencia en relación con el primer grupo que “la conducta del acusado, vía *Messenger* de *Hotmail* en Internet, respecto al menor Jaime, estuvo dirigida a conseguir que el menor le enseñara sus genitales a través de su *webcam*, lo que acabó haciendo éste, por lo que nos encontramos con un acto exhibicionista para satisfacer los instintos lúbricos del acusado y por consiguiente incluido en el art. 189.1 a) CP. En conclusión, la conducta así descrita se corresponde con el delito de corrupción de menores en su modalidad de exhibicionismo – no pornográficos- diferente de la expresión «en espectáculos públicos» empleada por el precepto, pues como señala la STS 24-10-2000 (RJ 2000\9157), el precepto castiga dos modalidades, la primera, la utilización de un menor de edad o incapaz con fines exhibicionistas (o pornográficos), lo que es compatible con el desarrollo en el ámbito privado, comprendiéndose bien la exhibición sólo para el propio sujeto activo del delito, en cuyo caso la consumación es simultánea (...). La segunda, se refiere a la utilización de dichas personas especialmente protegidas en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Ya no se trata de un supuesto de tendencia sino de resultado. De otro lado la conducta no tiene por qué ser exhibicionista en sentido estricto, puesto que el tipo de corrupción de menores admite el fin pornográfico privado, y no cabe duda que a tenor de la descripción hecha por los menores Ángel Jesús y Alexander, de lo que hacían ante la *webcam* «tocarse los genitales por fuera y por dentro aunque no los enseñaran, y que está recogido en varios archivos de video (...)» integra también el tipo del art. 189.1 a), y al ser menores de trece años, en el apartado a) del n.º 3. No le cabe duda al Tribunal, que lo que hacían dichos menores, para el acusado, eran actos de tocamientos de índole sexual; actos que entran en la definición de pornografía infantil (...)”. En relación con el segundo grupo considera, sin embargo, que “los hechos en los que intervienen los menores Matías y Primitivo, no llegaron a integrar la consumación delictiva de dicha infracción. Pues aunque el acusado les pedía que les enseñaran el pene y se masturbaran

delante de la *webcam*, ellos no lo hicieron, por lo que el delito es en grado de tentativa... consideramos que (pese a ser un delito de mera actividad y no de resultado que sí admite formas imperfectas) con la proposición a la masturbación, el acusado comete una tentativa de corrupción de menores, ya que intentar hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste está tipificado en el art. 189.3 CP, piénsese que la conversación obscena de que les enseñare el pene y la invitación a masturbarse, repercute gravemente en el desarrollo de la personalidad del niño de haber sido consumado”. Respecto al tercer grupo, entiende que “la prueba practicada en el acto del juicio no permite afirmar sin atisbo alguno de duda que los hechos enjuiciados respecto al menor Emilio, puedan incardinarse dentro del delito tipificado en el art. 189.1 a). Y ello porque el menor ha afirmado que en ningún momento se quitó la ropa delante de la cámara, el acusado lo que le pedía era que se conectara con determinada ropa o equipación del Málaga, manifestando incluso que nunca se desnudó, ni se tocó sus genitales, y por consiguiente sin que consiguiera saber con seguridad si las intenciones del acusado para con él consistían en que le exhibiera sus genitales delante suya, cuestión que esta vez no se ha podido comprobar. Ello por tanto obliga a un pronunciamiento absolutorio con base en el principio «in dubio pro reo»” (*sic*). Finalmente, las conductas respecto al cuarto grupo de menores no son consideradas por el Tribunal al menos en relación con el art. 189 CP.

En conclusión, en mi opinión este nuevo delito no debería incluirse en el CP pues las conductas que con él se pretenden evitar encuentran encaje en los delitos ya existentes. Es más, el art. 183 bis CP actual, que se traslada íntegramente al apartado 1. del art. 183 ter Proyecto CP, es también innecesario por el mismo motivo. Como se puede ver en la SAP Granada 25-5-2009 (JUR\2010\14461) que acabo de comentar, la conducta del acusado en relación con dos de los menores, que aparecen identificados como Matías y Primitivo, encajaría perfectamente en el nuevo art. 183 ter 2. Proyecto CP, (“el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”), pues aquél embauca a los menores, es decir, los engaña prevaleciéndose de la inexperiencia o candor del engañado (Diccionario de la RAE), con el objetivo de que le faciliten material pornográfico. Sin embargo, lejos de quedar impune, lo que motivaría la tipificación de la conducta que ahora se pretende incluir a través del art. 183 ter 2. Proyecto CP, el Tribunal aprecia, en mi opinión, con buen criterio, una tentativa del art. 189.1 a) CP en relación con el art. 189.3 a) CP. Pero si se mantiene que el art. 183 ter 2. está tipificando un acto preparatorio del art. 189.1 a),

lo cierto es que será totalmente ineficaz, pues en la práctica resultará muy difícil, por no decir imposible, poder detener y condenar a un sujeto por dicha conducta, porque o bien la detención y el proceso judicial llegarán cuando dicho sujeto haya realizado actos ejecutivos del art. 189.1 a) CP, en cuyo caso éste último es el artículo aplicable, o bien porque aunque se detuviese al sujeto al contactar con el menor si no existe ningún hecho exterior que revele sus intenciones de obtener imágenes o vídeos de dicho menor (en cuyo caso, insisto, estaríamos ya en presencia de actos ejecutivos del art. 189.1 a) CP y, por tanto, sería de aplicación dicho delito en grado de tentativa) no será posible probar el ánimo específico del injusto requerido por el tipo penal, como se pone de manifiesto en la SAP Granada 25-5-2009 (JUR\2010\14461), en relación con las acciones que el acusado lleva a cabo respecto al menor Emilio, que según el Tribunal no constituyen ni siquiera una tentativa del art. 189.1 a) CP (razonamiento aplicable *mutatis mutandi* en el supuesto de que ya estuviese en vigor el art. 183 ter Proyecto CP). Con buen criterio, el Tribunal se basa en el principio “in dubio pro reo” para absolver al acusado del delito del art. 189.1 a) CP, poniendo de manifiesto las dificultades probatorias sobre las intenciones del acusado respecto del menor, y eso a pesar de que se prueba que el acusado le pide que conecte la *webcam*, que se ponga delante de la misma vestido, y que a tenor “del contenido de los mensajes recibidos en el móvil de Emilio el 30-3-2005, y las conversaciones mantenidas en el Messenger el indicado día y otros, no cabe duda que el acusado cuando hablaba con el menor lo hacía en un tono demasiado cariñoso, y concediéndole regalos, que eran cargas al móvil, «te has ganado 5 euros ahora y 10 mañana», «pero jamás me borres», «me dolió mucho», «no puedo estar todo el día esperándote», «si consigues meterte a las 7 te meto 20»”. La dificultad probatoria del ánimo del autor queda así puesta de manifiesto por el Tribunal.

Por lo tanto, se puede decir que la incorporación de estos delitos responde, una vez más, a un uso simbólico del Derecho penal. Por una parte, ante las instituciones europeas y los demás Estados miembros, se quiere hacer ver que se cumple con las Directivas europeas, en este caso con la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y para ello no se encuentra mejor fórmula que transcribir literalmente los “tipos” penales contemplados en dicha Directiva, sin valorar previamente si es esto realmente necesario a tenor del CP vigente⁵⁰. Por otra, ante la alarma social generada y

⁵⁰ Sobre la ausencia de estudios criminológicos que fundamenten la incorporación al CP del art. 183 bis CP, véase DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318, 292 s.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411, 403; PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, Diario La ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20, 13.

alimentada por los medios de comunicación sobre el uso y abuso de menores aprovechando las nuevas tecnologías de la información, cuando la realidad, una vez más, parece desmentir esos temores⁵¹.

IV. Conclusiones

La regulación penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, especialmente en las conductas que tienen como sujeto pasivo a menores de edad, deriva directamente de normas comunitarias. Así, formalmente el legislador señala en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que el art. 183 bis CP supone la transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003. Por su parte, el art. 183 ter del Proyecto CP, es la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

El art. 183 bis CP tipifica un delito uniofensivo en el que el único bien jurídico que se pretende proteger es la indemnidad sexual de los menores de trece años y, consecuentemente, sólo cabe decir que presenta la naturaleza de acto preparatorio de los delitos-fin a los que debe ir referido el ánimo del autor del hecho.

Tal y como está configurado el art. 183 bis CP, la referencia a los arts. 178 a 182 no tiene sentido. En el proyectado art. 183 ter 1 se suprime, desde mi punto de vista acertadamente, la referencia a los arts. 178 a 181 CP. También deja de ser delito-fin el art. 182 CP pues si ya no tenía sentido antes, con la reforma prevista para dicho artículo en el proyecto parece tenerlo menos todavía (el art. 182.1 Proyecto CP dispone: “El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”). Ahora bien, desde la lógica de este tipo penal, habría que incluir entre los delitos-fin el art. 188 CP, prostitución infantil, cosa que no se hace en el art. 183 ter 1. del Proyecto CP. La referencia al art. 183 CP (también en el Proyecto CP) parecería aceptable, pero sólo si se modificase el marco penal contemplado en el art. 183 bis CP y que se mantiene invariable en el art. 183 ter 1. CP, pues no guarda proporción con la pena que se pueda atribuir a los delitos-fin realizados en grado de tentativa.

⁵¹ Ampliamente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, *Diario La Ley*, n.º 7746, 2011, pp. 1-17, 9 s.; el mismo, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 195-227, 202, 218, 219 s.; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, n.º 80, 2011, pp. 1-18, 8 s.; GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842, 2012, pp. 1-3, 3. En contra, MAGRO SERVET, Vicente, “El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 7492, 2010, pp. 1-10, 3; ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual Predators». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *Indret*, n.º 4, 2007, pp. 1-25.

En cualquier caso, el art. 183 bis CP, en su redacción actual, debería ser suprimido, pues realmente la conducta que en él se tipifica encuentra una respuesta penalmente adecuada a través, fundamentalmente, del art. 189.1 a) y b) en relación con el apartado 3. del mismo artículo, al encajar, al menos, en una tentativa del delito del art. 189 CP, cuando no en una consumación del mismo. Por otra parte, la tentativa de agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años ya encuentra respuesta a través del art. 183 CP en relación con el art. 16 CP.

El art. 183 ter del Proyecto CP contiene en su apartado primero, con ciertas modificaciones, el tipo contemplado actualmente en el art. 183 bis CP, mientras que en el apartado segundo introduce una nueva conducta consistente en “embaucar” al menor a través de las TIC para que le proporcione imágenes o material pornográfico en donde aparezca dicho menor. Respecto al primer apartado resulta aplicable lo dicho anteriormente. Respecto al segundo apartado, hay que decir que desde el punto de vista técnico es totalmente criticable y, en mi opinión, su inclusión en el CP es distorsionadora por innecesaria.

En mi opinión, las conductas descritas en uno y otro apartado del art. 183 ter Proyecto CP no se diferencian suficientemente y, por lo tanto, no está justificada la distinta respuesta penológica que se da entre ambas. Pero para el caso de que se concluya que la conducta del art. 183 ter 2. Proyecto CP es netamente diferente a la descrita en su primer apartado y que no presenta naturaleza de acto preparatorio del art. 189.1 a) y b) CP, considero que se podría llegar a afirmar que dicha conducta puede ser constitutiva, cuando menos, de una tentativa del art. 189.1 a) CP si no de una consumación de éste o del art. 189.2 b) CP (que se mantienen invariables en el Proyecto CP).

Para demostrar estas conclusiones realizo un análisis detenido de la SAP de Granada 25-5-2009 (JUR\2010\14461). El caso enjuiciado y la resolución del Tribunal, en mi opinión, impecable, permite visualizar las diferentes etapas del *iter criminis* en relación con el tipo del art. 189.1 CP y cómo la respuesta penal en aplicación del CP vigente en aquel momento (anterior a la reforma operada por LO 5/2010) no da margen a ninguna laguna de punibilidad que justifique la introducción en el CP, primero, del art. 183 bis y, después (previsiblemente), del art. 183 ter.

BIBLIOGRAFÍA

- BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en: BOIX REIG, Javier (dir.), Derecho penal, Parte Especial, Vol. I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal), Iustel, Madrid, 2010, pp. 351-360.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, La Ley Penal, n.º 80, 2011, pp. 1-18.

- CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 102, Disposición Final Segunda)”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, 2010, pp. 225-246.
- DE VICENTE REMESAL, Javier/GRACÍA MOSQUERA, Marta, “Abusos sexuales”, “acoso sexual”, “agresiones sexuales”, “delitos contra la libertad sexual”, “exhibicionismo y provocación sexual”, “prostitución: favorecimiento y explotación”, en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, pp. 23-27, 30-33, 45-48, 416-419, 694-696, 1044-1049.
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el código penal español -art. 183 bis C.P.-”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 289-318.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la libertad sexual ¿Libertad sexual o moral sexual?”, en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), Política Criminal y reforma penal, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 335-379.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario La Ley, n.º 7575, 2011, pp. 1-7.
- DURÁN SECO, Isabel, “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (1)”, La Ley Penal, n.º 63, 2009, p. 2.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Revista General de Derecho Penal, n.º 20, 2013.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Artículo 183 bis, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 730-732.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, 2011, pp. 207-258.
- GUNDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 842, 2012, pp. 1-3.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), Derecho penal, Parte especial, 6.^a ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 161-190.
- MAGRO SERVET, Vicente, “El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, Diario La Ley, n.º 7492, 2010, pp. 1-10.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial, 19.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 2, 2012, pp. 1-6.
- ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en: VIVES ANTÓN, Tomás S./ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL

- MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Juan Carlos/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho penal, Parte especial, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 255-278.
- PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (art. 183 bis)”, Diario La ley, n.º 7915, 2012, pp. 1-20.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, Diario La Ley, n.º 7746, 2011, pp. 1-17.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 8 (julio de 2012), pp. 195-227.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “«Sexual Predators». Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, Indret, n.º 4, 2007, pp. 1-25
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho penal, Parte especial, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 32, 2012, pp. 387-411.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172.
- VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, Práctica Penal: Cuaderno Jurídico, 2012, n.º 66, pp. 13-24.